



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 312

(Sesión del 12 de diciembre de 2024)

Radicado: 05001-60-00248-2019-01027
Sentenciado: Juan Carlos Velásquez Pineda
Delito: Omisión del Agente Retenedor o Recaudador
Asunto: Representante de la DIAN apela rechazo de la demanda del trámite incidental
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 18 de diciembre de 2024

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN.

Resuelve la Sala el recurso de apelación que interpuso el representante judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, contra la decisión adoptada por la Juez Segunda Penal Circuito de Conocimiento de Bello-Antioquia, en audiencia de incidente de reparación integral – IRI llevada a cabo el 21 de noviembre último, mediante la cual rechazó la demanda de reparación integral.

2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

2.1. El 15 de diciembre de 2023, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bello-Antioquia, condenó a Juan Carlos Velásquez Pineda a la pena principal de 50 meses de prisión y multa de \$27.146.000, tras hallarlo autor penalmente responsable del delito de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador. Decisión que fue apelada por la defensa del sentenciado.

2.2. El 22 de febrero de 2024 esta Sala de Decisión Penal aceptó el desistimiento de la alzada incoado por la defensa.

2.3. El 28 de febrero de 2024 el representante de la DIAN solicitó ante el Juzgado de Conocimiento la apertura del trámite de incidente de reparación integral.

2.4. El 21 de noviembre de 2024, previo a dar inicio al trámite incidental, la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello, cuestionó al apoderado de la Entidad accionante respecto a si la DIAN ya había adelantado el trámite de cobro coactivo a lo que el apoderado contestó que sí.

Indicó que cuenta con un certificado en el cual se informa que se habían adelantado algunas actuaciones de las que se han arrojado los siguientes resultados frente al tema del cobro coactivo: i) El 13 de junio de 2018 se emitió un acto administrativo de aviso de cobro; ii) El 17 de abril de 2018 un embargo a través de otro acto administrativo; iii) Un mandamiento de pago del 10 de enero de 2019; iv) Un oficio persuasivo penalizable del 2 de marzo del 2020; v) Un aviso de cobro beneficio del 8 de mayo de 2020; vi) Nuevamente un aviso de beneficio del día 25 de junio de 2022 y; vii) finalmente un aviso de cobro el día 25 de febrero de 2022.

Empero señaló el representante que también se evidenciaba que no había resoluciones de posibilidad de pago o compensación, que no hay títulos de depósito judicial pendientes por aplicar y, al 15 de diciembre de 2023, evidenció un saldo total de \$59.517.000.

3. DECISION QUE SE REvisa

Advierte la primera instancia que efectivamente la DIAN hizo el trámite de cobro coactivo, al margen de qué tan efectivo haya sido o no, entonces, a efectos de resolver este problema, resaltó la *a quo* que son ampliamente conocidos todos los derechos que tiene la víctima, siendo en este caso la DIAN.

Resaltó que para que proceda el incidente de reparación, tal y como dicen los artículos 94 del Código Penal y 101 a 108 del Código de Procedimiento Penal, lo primero que se debe verificar es que haya una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, como en este caso; lo segundo, que la solicitud o pretensión sea presentada dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, lo cual también se cumple; así mismo, que se tenga legitimación, es decir, que el sujeto que solicita la pretensión sea efectivamente la víctima, lo cual es claro en este caso.

El problema en este caso radica en lo que ha considerado la jurisprudencia respecto a si ya se hizo el trámite para lo que tiene que ver con la reparación de perjuicios, siendo importante recordar que hay un trámite civil y un trámite dentro del proceso penal; sin embargo, la DIAN específicamente tiene dos opciones y es iniciar por su cuenta el recaudo forzoso de las obligaciones, o acudir ante la jurisdicción civil con ese propósito. Frente al tema está, entre muchas otras, la sentencia SP8463-2017 con Radicado 47446.

Entonces la DIAN puede hacer por su propia cuenta ese recaudo forzoso y, de hecho, en este caso ya realizó el trámite de jurisdicción coactiva, por lo tanto, considera la primera instancia que no es posible adelantar el trámite en la jurisdicción ordinaria penal, en razón a que sería un doble trámite y la jurisprudencia de tiempo atrás ha sido reiterativa en indicar que la DIAN no puede activar el incidente de reparación integral en el proceso penal -que es lo que se pretende aquí-, cuando ya haya adelantado el trámite del cobro coactivo. En este caso afirmó el representante de la DIAN que efectivamente tiene constancia de cuáles han sido los trámites dentro de ese tema y, en ese orden de ideas el Despacho no dará trámite al incidente de reparación, rechazando la demanda que pretende la reparación de perjuicios.

4. DEL RECURSO.

Inconforme con el rechazo de sus pretensiones el representante de la DIAN presentó el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, al considerar que al haberse adelantado un trámite de cobro al interior de la entidad, dentro de un escenario distinto al judicial que no arrojó un resultado positivo, es la

razón por la que precisamente se habilita acudir a esta jurisdicción penal para que, a través de todo el aparato jurisdiccional, se procure un resultado distinto frente al cobro de los perjuicios que han sido generados en favor de la DIAN en calidad de víctima dentro del proceso.

Adicionalmente, resalta el representante de la DIAN que este trámite se encuentra plenamente establecido en la ley, lo cual faculta a su inicio y a su trámite hasta finalizar con el mismo, por lo tanto, discrepa de que la Juez decida no continuar con dicho trámite por haberse adelantado el cobro coactivo. En consecuencia, solicita se revoque la decisión objeto de recurso.

3.1. Al resolver el recurso de reposición, indicó la Juez de primera instancia que el argumento del representante de la DIAN es básicamente que no está de acuerdo con el rechazo de la demanda toda vez que la entidad no ha podido conseguir su propósito de obtener el pago de la obligación. Empero, itera que es clara la jurisprudencia en precisar que cuando se adelanta el trámite interno de cobro coactivo no procede el incidente de reparación.

En este caso, el mismo representante de la DIAN reconoce que tiene la certificación y, dentro del interregno del proceso, parte de la prueba es que se inició y adelantó todo ese trámite y, por lo tanto, no se repone la decisión porque contrariaría a la jurisprudencia, lo cual sería un prevaricato en tanto la *a quo* consideró no tener ninguna razón para apartarse de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte ni del Tribunal Superior de Medellín. Resaltando incluso que desde hace muchos años no se adelantan incidentes de reparación integral de la DIAN, precisamente en aplicación del precedente pacífico al respecto; por ende, mantiene la decisión.

Aunado a lo anterior deja constancia que considera que los argumentos esbozados por el representante de la DIAN son mínimos pues simplemente dice que no está de acuerdo con el rechazo, pero no precisa cuál es el error de ella como Juez, entonces considera que la sustentación del recurso de alzada es insuficiente y no debería concederlo, sin embargo, remitirá las diligencias al Tribunal y que sea el superior el que determine si realmente está bien sustentada la alzada.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 COMPETENCIA.

Según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para resolver el asunto¹.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala determinará si la decisión de inadmitir las pretensiones de la DIAN y como consecuencia de ello, rechazar la demanda del trámite incidental es procedente, teniendo en cuenta que en disfavor del procesado se adelantó la acción de cobro coactivo, que no ha sido eficaz.

5.3. VALORACIÓN Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO.

5.3.1. Como cuestión previa, es importante advertir que si bien la exposición realizada por el representante de la DIAN en su recurso de la alzada, denota una falta de suficiencia en la fundamentación, se acogerá el *principio de caridad en argumentación*², el cual lleva a esta Sala como intérprete del lenguaje empleado por el apoderado a partir de racionalidad de su discurso, a desentrañar dentro de la comprensión y comunicación lingüística, sus afirmaciones.

Respecto a este tema, valga traerse a colación además lo indicado en el Modulo de Argumentación Judicial: Construcción, Reconstrucción y Evaluación de Argumentaciones Orales y Escritas, de la Escuela Judicial 'Rodrigo Lara Bonilla' al anotar que:

“En la tarea de intérpretes debemos guiarnos por el llamado ‘principio de caridad’, que nos insta a optar por aquella interpretación que presente las ideas que estamos analizando de la mejor manera posible. Si tenemos varias formas de entender un texto, debemos elegir aquella que lo favorezca

¹ “Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen: 1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.”

² Acuñado por Donald Davidson en su Teoría de la Interacción Comunicacional. Y aludido por la Corte Suprema de Justicia en auto del 10 de marzo de 2009, CSJ AP, Rdo. 30822

y no la que lo perjudique. Esto no implica renunciar a la crítica, por el contrario, es lo que nos permite asegurarnos de que nuestras críticas estarán bien dirigidas”³.

5.3.2. Ahora bien, para resolver el problema propuesto debe recordar la Sala que el derecho de participación de la víctima en el proceso penal adquiere una especial relevancia pues, una vez establecida la responsabilidad del procesado, tiene la posibilidad de acudir al incidente de reparación integral a efectos de que se le reparen los daños ocasionados con la conducta punible, de conformidad con las normas del Código Penal y de Procedimiento Penal⁴.

Sobre este tema la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵ se refirió a las diferentes especies de perjuicios que genera la comisión de un delito y los requisitos que deben concurrir para su reconocimiento, así:

“4. De lo anteriormente expuesto, se puede concluir:

- a) El delito produce la obligación de reparar los perjuicios causados, los que pueden ser del orden material e inmaterial.*
- b) Los daños que sean susceptibles de cuantificación económica (materiales y morales objetivados) deben probarse en el proceso y su cuantía dependerá de lo acreditado”⁶.*

Descendiendo al caso concreto se tiene que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales acudió al incidente de reparación integral con el fin de que Juan Carlos Velásquez Pineda, condenado por el delito de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador, cancele a su favor los perjuicios de índole material, los cuales corresponden al daño emergente y lucro cesante⁷. También informó el apoderado de la DIAN que la oficina de cobranzas adelantó desde el año 2018 el proceso de cobro coactivo.

Ahora bien, el proceso de cobro coactivo es un mecanismo legal cuya finalidad consiste en recuperar el dinero que por concepto de impuestos dejó de cancelar el agente retenedor, así como los intereses que puedan surgir por el

³ Pablo Raúl Bonorino y Jairo Iván Peña Ayazo, Segunda edición aumentada, Bogotá, 2005, p. 22.

⁴ Artículos 94 del Código Penal y 101 a 108 Código de Procedimiento Penal.

⁵ Sentencia del 29 de mayo de 2013, con Radicado 40160, MP. Javier Zapata Ortiz

⁶ En este sentido fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, del 9 de marzo de 2011. Radicación 17175.

⁷ Artículos 1613 y 1614 del C. Civil.

incumplimiento de esa obligación tributaria. Dicha acción se encuentra regulada en el Estatuto Tributario, que dispone:

“Artículo 823. Para el cobro coactivo de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, deberá seguirse el procedimiento administrativo coactivo que se establece en los artículos siguientes.

(...)

Artículo 826. El funcionario competente para exigir el cobro coactivo, producirá el mandamiento de pago ordenando la cancelación de las obligaciones pendientes más los intereses respectivos.”

No obstante, la DIAN se encuentra facultada también para demandar el pago de las deudas por la vía ejecutiva ante los Jueces Civiles del Circuito de conformidad con el artículo 843 del mismo estatuto; pero, excepcionalmente y al tramitarse un proceso penal por la omisión en que incurre el Agente Retenedor, queda autorizada la entidad como afectada para formular ante el Juez de la causa el trámite incidental. Es decir, la DIAN tiene dos opciones, iniciar por su cuenta el recaudo forzoso de las obligaciones o acudir ante la Judicatura con el mismo propósito.

Ahora bien, en el caso *sub examine* la pretensión indemnizatoria de la DIAN, mediante el ejercicio del incidente de reparación integral dentro del proceso penal, se corresponde con el trámite del procedimiento administrativo coactivo que esa entidad adelanta contra el sentenciado desde el año 2018 y, aunque su apoderado considere que como hasta ahora este no ha sido eficaz entonces se habilita acudir ante el Juez Penal para que, por un medio u otro la DIAN obtenga el pago de los perjuicios; empero lo cierto es que esta circunstancia impide que se adelante el trámite incidental, en atención a que la DIAN cuenta con medios suficientemente eficaces para asegurar el recaudo forzoso al margen de que se haya dado o no curso a la acción penal, sin que haya razón de orden legal para que pueda concurrir simultánea o anticipadamente a otro mecanismo para ejercer el derecho a obtener el pago de una obligación.

Luego entonces, consideramos que el Estado cuenta con la posibilidad de ejercer de manera directa el cobro coactivo sin la intermediación de la autoridad penal –de hecho, en este caso lo hizo-, pues ostenta el privilegio exorbitante que a su vez le provee mecanismos idóneos y eficaces para

asegurar el cobro efectivo de dichos emolumentos. A saber, a través de la jurisdicción coactiva, cuya finalidad, ha dicho la Corte, guarda similitud con la ejecutiva que se ejerce ante la jurisdicción civil.

Frente al tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP8463 del 14 de junio de 2017, con Radicado 47446, precisó:

*“Aquella concepción de los perjuicios causados por el delito que determina, por igual, la naturaleza de los mecanismos para hacer exigible la indemnización, resulta de gran utilidad a la hora de interpretar las normas que reglamentan el incidente de reparación integral, pues lleva al entendimiento de que **no puede pretextarse la ineficacia de un trámite procesal adelantado con las formalidades legales, porque no se obtuvo el pago efectivo, para habilitar al afectado a intentar el cobro de la misma obligación mediante otra acción que siendo alternativa resulta excluyente**”.* (Negrillas de la Sala)

Y más adelante indicó la misma Corporación:

*“A partir de ese enfoque de la jurisprudencia constitucional, igualmente puede indicarse que la participación de los perjudicados en el proceso penal, cuando además de verdad y justicia procuran el resarcimiento económico por los daños causados con el delito, activando la acción civil—actualmente mediante el incidente de reparación— éste es opcional, disyuntivo, no obligatorio —al punto que se excluye la facultad oficiosa del juez de condenar al pago de perjuicios—, **sin que haya de entenderse como una potestad supletoria o simultánea con las otras vías legales de que pueda hacer uso el perjudicado, a fin de conseguir el efectivo pago de la obligación.***

*Siendo así, **resulta lógico deducir que, si el afectado ha promovido otro proceso independiente a fin de hacer efectiva la indemnización, la demanda de reparación integral ante el juez penal no puede tener vocación de éxito, como lo señaló también la Corte Constitucional en la sentencia C-899 de 2003:***

Es el afectado por el ilícito quien tiene la opción de determinar la ruta procesal que más convenga a sus intereses. Desde tal perspectiva, no tendría sentido reprocharle al legislador que haya establecido restricciones en el diseño de cada opción, restricciones que, además, van encaminadas a trazar con exactitud los linderos de una y otra vía procesal. Así pues, no es lógico confundir los fines de la vía jurisdiccional civil con la penal, pues cada una tiene su propio trazado y condiciones de ejercicio. En últimas, como cualquiera de las opciones permite a la parte afectada reclamar la indemnización de perjuicios, el legislador consideró incompatible que el afectado, a fin de obtener dicha indemnización, ejerciera simultáneamente las dos alternativas.

*La jurisprudencia del Consejo de Estado también ha recogido el razonamiento anterior al afirmar que **no es posible utilizar las dos vías procesales cuando se pretende obtener la reparación de los perjuicios***

causados por el ilícito. Así, en uno de sus fallos, el máximo tribunal de la justicia contenciosa sostuvo:

“Dentro de las opciones que la ley le otorga al perjudicado, éste puede optar por la que mejor se acomode a sus aspiraciones e intereses jurídicos y patrimoniales, pero sometido desde luego a los resultados favorables o desfavorables que esa opción pueda hacia el futuro proporcionarle. De otra forma se patrocinarían condiciones inaceptables desde el punto de vista procesal y jurídico, que le permitirían al afectado transitar por dos jurisdicciones diferentes en busca del resarcimiento más favorable y prevalido de una doble oportunidad de sacar adelante su aspiración resarcitoria, en condiciones que ciertamente no se adecuan a un proceso justo y de equidad para las personas naturales o jurídicas que se vean involucradas en cada accionar del afectado, con perjuicio del principio de la cosa juzgada el que en todo caso se vería afectado con el fallo definitivo posterior. (Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, 24 de septiembre de 1993. Referencia: Expediente N° 8201)”. (Negrillas de la Sala)

De lo anterior se concluye que si bien es cierto, la DIAN puede adelantar el cobro de los tributos dejados de cancelar y sus intereses ante la jurisdicción ordinaria, según lo autoriza los artículos 843 del Estatuto Tributario y 102 del Código de Procedimiento Penal, también lo es que no puede hacerlo paralelamente con el impulso del procedimiento administrativo de cobro coactivo por los mismos conceptos, toda vez que el sentenciado queda sometido a un doble proceso por unos mismos hechos que tienen una misma causa, vulnerando con ello el principio de *non bis in ídem*.

En síntesis, considera la Sala que la *a quo* acertó en su decisión, pues la DIAN no estaba legitimada para promover el incidente de reparación integral contra Juan Carlos Velásquez Pineda en atención a que ya adelantó el cobro de la obligación correspondiente y de sus respectivos intereses a través de la jurisdicción coactiva.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la decisión proferida el pasado 21 de noviembre, por medio de la cual el Juzgado Segundo Penal Circuito de Conocimiento de Bello-Antioquia, rechazó las pretensiones de la demanda de reparación integral promovida por el apoderado de la DIAN.

Radicado: 05001-60-00248-2019-01027
Sentenciado: Juan Carlos Velásquez Pineda
Delito: Omisión del Agente Retenedor o Recaudador

Esta providencia se notifica en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

NELSON SARAY BOTERO

JESÚS GÓMEZ CENTENO

Firmado Por:

**Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Jesus Gomez Centeno
Magistrado
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**ed8b29e96ce1b77f831504a102a4c24055cb85554e8208f22caeb239c
48a3715**

Documento generado en 13/12/2024 09:50:48 AM

Radicado: 05001-60-00248-2019-01027
Sentenciado: Juan Carlos Velásquez Pineda
Delito: Omisión del Agente Retenedor o Recaudador

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**